

Novellierungs-Entwürfen vorgeschlagen worden sind. Zu erwägen wäre aber auch die Einfügung eines neuen Abs. 2 in § 3, die sich

bringen. — Weitere Einzelheiten auch bei Diester, Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, Rpfleger 1972 Heft 6.

Die Bedeutung der dem Überweisungsbegünstigten erteilten Gutschrift im Giroverkehr

Von Dr. Ingo KOLLER, Wissenschaftlicher Assistent, Hamburg

I. Der größte Teil des wirtschaftlich bedeutsamen¹ Zahlungsverkehrs wird heute mit Hilfe der Giroüberweisung bewältigt. Seinen Umfang verdankt der Giroverkehr nicht zuletzt dem Umstand, daß er in der Regel relativ reibungslos abgewickelt wird, ohne Anlaß zu größeren Rechtsstreitigkeiten zu bieten. Mag auch die Behauptung v. Godins² übertrieben erscheinen, die Überweisung sei ein „im Grunde noch nicht erforschtes Rechtsphänomen“, das von „dem auf diesem Gebiet meist wissenschaftlichen Schrifttum mehr mit heiterer Zuversicht dem — vermeintlichen — Bedürfnis entsprechend als funditus gelöst“ werde, so zeigt sich jedoch in Krisenzeiten, wenn der Zahlungsverkehr ins Stocken gerät, daß wichtige Grundfragen der Giroüberweisung noch der rechtlichen Klärung bedürfen.

Diese die Rechtssicherheit auf diesem wirtschaftlich so wichtigen Gebiet bedrohende Unklarheit dürfte darauf zurückzuführen sein, daß man sich bislang nur recht selten über die zentralen wirtschaftlichen Wertungen Rechenschaft abgelegt hat, die dem Giroverhältnis zugrunde liegen; von einer Einigung ganz zu schweigen. Im folgenden soll deshalb zunächst für einen Teilbereich der Gesamtproblematik versucht werden, jenseits allen Konstruktivismus die für den Empfänger von der Empfängerbank³ erteilte Gutschrift maßgeblichen Wertungen herauszuschälen, um dann zu prüfen,

wie diesen Wertungen im Rahmen der das Giroverhältnis tragenden Parteivereinbarungen zum Durchbruch verholfen werden kann.

Der Gesetzgeber hat die Giroüberweisung im Gegensatz zum Scheck nicht typisierend geregelt. Sie hat sich als Instrument des bargeldlosen Zahlungsverkehrs neben den verschiedenen Formen des Schecks im Freiraum privatautonomer Gestaltung entwickelt. Nur wenige Grundelemente waren dabei dem Zugriff der an der Abwicklung der Giroüberweisung beteiligten Parteien entzogen. Dazu gehört etwa der Grundsatz, daß Forderungen⁴ regelmäßig nur auf Grund vertraglicher Einigung, nicht aber einseitig begründet werden kön-

¹ Vgl. Fögen, Geld- und Währungsrecht, 1969, S. 15; Thywissen, BB 1971 S. 1347, 1349.

² v. Godin, Reichsgerichtsrätekommentar zum HGB (RGRKomm. HGB), 2. Aufl. 1963, S. 511.

³ Im folgenden wird, sofern nichts anderes gesagt ist, das Modell der überbetrieblichen Überweisung zugrunde gelegt. Zur terminologischen Klarstellung sei angemerkt, daß der „Empfänger“ der im Valutaverhältnis Begünstigte ist, der bei der „Empfängerbank“ ein Girokonto unterhält. Die „Absenderbank“ ist die vom „Überweisenden“ beauftragte Bank.

⁴ Thywissen, BB 1971 S. 1347, 1349, bezeichnet das Guthaben und wohl auch den Gutschriftsbetrag als „Forderung eigener Art“, die die Eigenschaft hat, „Geld im Rechtssinne zu sein“, ohne jedoch näher zu erläutern, welche Struktur diese „Forderung eigener Art“ haben soll.

nen⁵, die Vorschrift über die Rechtsfolgen der Zession, insbesondere des § 404 BGB, sowie die für die Risikoverteilung im Giroverkehr wichtigen Normen über den Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung. Im übrigen war und ist aber die Ausgestaltung der Giroüberweisung in das Ermessen der Beteiligten gestellt.

Man sollte meinen, daß die Banken die im Rahmen des Girogeschäftes auftauchenden Fragen ausführlich in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt hätten. Ein Blick auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen lehrt jedoch, daß die Zahl der ausdrücklichen vertraglichen Bestimmungen sehr gering ist. Sie erstrecken sich nur auf Einzelprobleme, wie die Stornierung von Gutschriften mangels Überweisungsauftrages⁶, die Verteilung des Verzögerungsrisikos bei Dauerüberweisungsaufträgen⁷, während so zentrale und noch immer umstrittene Fragen, wie die Auswirkungen der Belastungsbuchung oder die Bedeutung der Gutschrift zugunsten des Empfängers übergangen werden.

Es gilt daher, die von den Parteien bewußt⁸ offengelassenen Lücken der die Giroüberweisung tragenden Verträge nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und des Handelsbrauches (§§ 157 BGB, 346 HGB) zu schließen. Die Verkehrssitte vermag allerdings bei vielen Problemen der ergänzenden Vertragsauslegung nur wenig Hilfe zu leisten. Soweit ersichtlich, hat sich bisher eine kollektive Übung im wesentlichen lediglich zum tatsächlichen Ablauf der Überweisungsakte gebildet und dem Girogeschäft nur für den Normalfall zu rechtlichen Konturen verhelfen. So dürfte etwa kraft Verkehrssitte feststehen, daß zwischen Absenderbank und Überweisendem ein Geschäftsbesorgungsvertrag besteht, auf Grund dessen die Bank Überweisungsaufträge auszuführen hat, wenn ein entsprechendes Guthaben existiert. Zu der Frage, ob die von der Bank vollzogene Belastungsbuchung einen Vorschuß im Sinne des § 669 BGB⁹ widerspiegelt oder die Erfüllung¹⁰ der dem Überweisenden zustehenden Guthabensforderung (§ 700 BGB) darstellt, hat sich jedoch noch keine kollektive Gewohnheit gebildet. Wenig aussagekräftig ist die Verkehrssitte auch im Empfangsbereich. Sie besagt zwar, daß die Empfängerbank ihre Leistung grundsätzlich in Form einer Gutschrift zu erbringen hat und daß der Empfänger faktisch¹¹ erst mit der Gutschrift einen jederzeit realisierbaren Geldanspruch gegen die Bank erwirbt¹², der die Valutaforderung im Verhältnis Überweisender — Empfänger zum Erlöschen bringt¹³. Sie schweigt jedoch zu den Fragen, ob die Gutschrift ein Realakt ist und in welchem Umfang Mängel des Deckungsverhältnisses überlagert werden.

Immerhin lassen sich aus der Gesamtheit der kollektiven Gewohnheiten und den wenigen ausdrücklichen Vertragsklauseln wichtige Anhaltspunkte für die Interpretation, vor allem aber der typische¹⁴ Zweck¹⁵ des Girovertrages, die Begründung einer gesicherten Forderung zugunsten des Empfängers gegen die Empfängerbank, entnehmen. Die aus dem verhältnismäßig unbestimmt formulierten Vertragszweck ableitbaren Bewertungsmaßstäbe müssen freilich unter Rückgriff auf neue Wertungselemente verfeinert werden. Sie finden ihre Grundlage in dem Maßstab von Treu und Glauben, der seinerseits auf eine typisch strukturierte¹⁶ Interessenabwägung verweist, die sich so weit wie möglich an gesetzlich anerkannten Wertungen¹⁷ und richterlichen Fallgruppenbildungen¹⁸ zu orientieren hat.

In Literatur und Rechtsprechung haben sich — jedenfalls was das Wesen der Gutschrift anlangt — heute¹⁹ wohl zwei im Ansatz unterschiedliche Auffassungen herausgebildet²⁰, die sich in der den Banken, insbesondere der Empfängerbank übertragenen Funktion widerspiegeln. Die eine weist der Empfängerbank die Rolle des Empfangsbeauftragten des Empfängers zu und ordnet sie weitgehend in den Risikobereich des Empfängers ein. Demgegenüber tendiert die herrschende Meinung dazu, die Banken als selbständige Organe des Zahlungs- und Kreditverkehrs zu sehen, die bestimmte mit dem Girogeschäft verbundene Risiken auf sich nehmen und auf die Gesamtheit der Bankkunden verteilen. Im folgenden soll die Bedeutung dieser Denksätze für die Interpretation der Gutschrift zugunsten des Überweisungsempfängers näher untersucht werden.

II. Die These, die Empfängerbank sei Empfangsbeauftragte, wurde von Brodmann²¹ aufgestellt und in der neueren Literatur von v. Godin²² umfassend ausgebaut.

1. Sie basiert auf einer Parallele zum Inkasso von Bargeld durch die Empfängerbank²³. Beim Bargeldinkasso und bei der Giroüberweisung sei die Empfängerbank allein²⁴ auf Grund des Girovertrages mit dem Empfänger verpflichtet, die an den Empfänger gerichtete Leistung entgegenzunehmen und an ihn abzuführen. So wie sie beim Inkasso von Bargeld grundsätzlich Bargeld herauszugeben habe, sei sie beim Inkasso von Buchgeld verpflichtet, dem Empfänger Buchgeld gutzuschreiben²⁵. Allerdings stellt sich an dieser Stelle sofort die Frage, wie man sich die Herausgabe des Buchgeldes, das eigentlich nur eine Forderung kennzeichnet, vorzustellen habe. Hat beispielsweise die Absenderbank der Empfängerbank den Überweisungsbetrag gutgeschrieben, so hat — das sei zunächst einmal unterstellt — die Empfängerbank eine Forderung gegen die Absenderbank erlangt. Diese Forderung müßte die Empfängerbank an den Empfänger herausgeben, was nur in der Form der Abtretung geschehen kann²⁶. So

5 Deshalb muß sich auch Schoele, Das Recht der Überweisung, 1937, S. 24, der die Ansicht vertritt, die Überweisung sei eine „durchaus eigenartige Forderungsverchiebung“, die auf dem einseitigen Buchungssatz beruhe, auf Gewohnheitsrecht stützen. (Widersprüchlich aber Schoele, a.a.O., S. 25 ff. einerseits und seine Ergebnisse auf S. 217, 219 andererseits.) Angesichts der Zahl der noch immer offenen Fragen muß jedoch die gewohnheitsrechtliche Verfestigung einer streng einseitigen Forderungsverchiebung nachdrücklich bestritten werden, zumal der Überweisungsvorgang einleuchtend auf der Basis des Vertragsrechts erklärt werden kann. Vgl. dazu Sonnenberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970, S. 227 ff., besonders S. 260, 275.

6 Nr. 4 Abs. 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken in der Fassung von 1969 (AGB).

7 Nr. 4 Abs. 4 der AGB.

8 Auch bewußte Lücken sind Gegenstand der ergänzenden Auslegung. Vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1965, S. 323; BGH, BB 1967 S. 1355.

9 Dies wird beispielsweise von Umer, SJZ 1948 Sp. 236, 246; Meyer-Cording, Das Recht der Banküberweisung, 1951, S. 36; BGH, BGHZ 4 S. 244, 248, vertreten.

10 So z. B. v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 534 f., 528 ff.; unklar Kien-scherf, Widerruf und Anfechtung eines Giroüberweisungsauftrages, 1955, S. 30 f.; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 4. Aufl. 1965, Anh. § 365 Anm. 30, der in der Belastungsbuchung die — vorläufige — Entnahme desjenigen Vermögenswertes sieht, der dann in das Vermögen des Empfängers überführt werden soll, ohne jedoch zu erklären, wie die „Entnahme“ aus einer Forderung des Überweisenden gegen die Bank rechtlich vorstatten gehen soll.

11 Ob der Empfänger schon vor der Gutschrift einen Anspruch auf Herausgabe des von der Empfängerbank Erlangten erwirbt, kann in dieser Untersuchung offenbleiben.

12 Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, Anh. § 365 Anm. 43 mit weiteren Nachweisen; kritisch v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 511 ff.; Schütz, AcP 160 S. 17, 23 ff.

13 BGH, NJW 1952 S. 929; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, Anh. § 365 Anm. 57; v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 525; Meyer-Cording, Banküberweisung, a.a.O., S. 130; Esser, Schuldrecht, Bd. I, 4. Aufl. 1970, S. 156, jeweils mit weiteren Nachweisen; anderer Ansicht Bettermann, ZHR 111 S. 135, 141 ff.; Grusewski, JherJb. 85 S. 135 ff. Einstimmigkeit ist als Voraussetzung der Verkehrssitte nicht zu fordern; dazu Sonnenberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970, S. 96 ff.

14 Zur Bedeutung der Typizität bei der ergänzenden Vertragsauslegung Lüderitz, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, S. 383 f.; Lorenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (AT), 1967, S. 348; Flume, Rechtsgeschäft, a.a.O., S. 317. Ob man hier schon von einem Rechtsfortbildungsprozeß im Bereich des dispositiven Rechts sprechen kann, mag dahinstehen. Vgl. Sandrock, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, 1966, S. 48 ff.

15 Der Vertragszweck ist in folgerichtiger Wertung zu entfalten. Vgl. Lüderitz, Auslegung, a.a.O., S. 344 ff.; Lorenz, a.a.O., AT, S. 522.

16 Lüderitz, Auslegung, a.a.O., S. 383; anders wohl Lorenz, a.a.O., AT, S. 525, der auf den Maßstab eines „verständigen und redlichen Menschen“ zurückgreifen will; damit führt er aber letztlich nur eine typische Leerformel ein. Vgl. Topitsch, in: Logik der Sozialwissenschaften, 5. Aufl. 1968, S. 17, 23 f.

17 Flume, Rechtsgeschäft, a.a.O., S. 324; kritisch Lorenz, a.a.O., AT, S. 523 f.

18 Lüderitz, Auslegung, a.a.O., S. 374 ff.

19 Zu den überholten Theorien der Giroüberweisung vgl. Kämpfer, Die rechtliche Natur der Giroüberweisung, Diss. Jena 1935, S. 40 ff. Dazu gehört auch die These, der Überweisung liege ein Vertrag zugunsten Dritter zugrunde. Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, Anh. § 365 Anm. 38 mit weiteren Nachweisen.

20 Das heißt nicht, daß diese Denksätze immer in sich folgerichtig durchgehalten werden.

21 Brodmann, ZHR 48 S. 121, 131 ff.; ähnlich Mez, ArchBürgR 30 S. 47 ff.

22 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 511 ff. Vgl. auch Schütz, AcP 160 S. 17, 23 ff.

23 Brodmann, ZHR 48 S. 121, 132; v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 516; Schütz, AcP 160 S. 17, 24.

24 Das heißt, die Empfängerbank ist nicht Auftragnehmerin der Absenderbank oder einer der Zwischenbanken; v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 516, 542.

25 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 516.

26 War die Empfängerbank schon vorher der Absenderbank verpflichtet, so „vermindert“ sich diese Forderung durch die der Empfängerbank erteilten Gutschrift. In diesen Fällen lautet die Herausgabeforderung auf Geld.

weit will natürlich auch v. Godin nicht gehen, denn der Sinn der Giroüberweisung liegt ja gerade darin, daß der Empfänger einen Geldanspruch gegen die Empfängerbank erwirbt. Der Abtretungsanspruch muß sich also in einen Geldanspruch verwandeln können. v. Godin erklärt die erforderliche Verwandlung mit der Kontokorrentabsprache, die seiner Ansicht zufolge jedes Giroverhältnis begleitet. Der Herausgabeanspruch sei mit seiner Entstehung kontokorrentgebunden. Dieser Anspruch muß freilich noch zur Verrechnung auf den gleichen Nenner mit den sonstigen von der Kontokorrentabrede erfaßten Ansprüchen gebracht werden. Deshalb interpretiert v. Godin den Kontokorrentvertrag dahin, daß die Leistung der Absenderbank an die Empfängerbank „einer Leistung des letzteren (scil.: des Empfängers) an die Bank (scil.: Empfängerbank) gleichzusetzen und — ihre Kontokorrentfähigkeit und -pflichtigkeit unterstellt — auf Grund der Kontokorrentabrede zwischen Bank und Begünstigtem in die laufende Rechnung einzustellen sei“²⁷. Damit fingiert v. Godin, daß die Empfängerbank vom Empfänger einen Geldbetrag empfangen habe, den sie ihm wiederum herausgeben müsse. Hinter dieser komplizierten Konstruktion²⁸, verbirgt sich die für die kontokorrentmäßige Saldierung nötige Berechnungsabrede.

Als Konsequenz dieser Fiktion glaubt v. Godin auf die Aufnahme einer selbständigen Forderung des Empfängers gegen die Empfängerbank im Gewand eines selbständigen Schuldversprechens, die mit der Gutschrift oder spätestens mit der Gutschriftsanzeige entsteht, verzichten zu können. Die Empfängerbank — so führt er aus — habe nur eine Forderung gegen eine andere Bank erhalten und brauche deshalb auch keine abstrakte Forderung gegen sich selbst herauszugeben²⁹ bzw. in das Kontokorrent einzustellen. Die Gutschrift habe keinerlei konstitutive³⁰, sondern lediglich referierende Wirkung. Allein diese Deutung der Gutschrift stehe mit dem Wesen der Buchung, die ein kaufmännisches Internum³¹ darstelle und sich nur mittelbar auf außenstehende Personen beziehe, im Einklang. Eine abstrakte Forderung entstehe vielmehr erst mit der im Kontokorrentvertrag vereinbarten periodischen Saldierung³². Der Empfänger brauche selbstverständlich nicht auf die Saldierung zu warten, bis sein Guthaben zur Verfügung stehe. Da das Guthaben eigentlich erst mit der Saldierung realisierbar werde, sei in den Girovertrag die Abrede aufgenommen worden, daß der Empfänger jederzeit über einen Betrag bis zur Höhe des jeweiligen Tagesaldos verfügen könne. Hiermit werde den Interessen der Empfänger an der freien Verfügbarkeit des Guthabens ausreichend Rechnung getragen³³.

2. Die These v. Godins, die Empfängerbank sei ausschließlich Empfangsbeauftragte, hat jedoch mehrere Schwächen.

a) Zum einen kann sie nicht recht erklären, worin der „Empfang“ liegen soll, den die Empfängerbank in das Kontokorrent einstellen könnte, wenn Überweisender und Empfänger bei der gleichen Bank ein Girokonto führen³⁴.

b) Zum anderen ist die Wahl des Erfüllungszeitpunktes im Valutaverhältnis mit der Rolle eines Empfangsbeauftragten, der Buchgeld entgegennimmt und weiterleitet, nur schlecht vereinbar. Aus der Sicht v. Godins wäre es folgerichtig³⁵ gewesen, im Valutaverhältnis die Erfüllung in dem Moment eintreten zu lassen, in dem die Empfängerbank Deckung erhält. Der Verkehrssitte zufolge, die auch v. Godin³⁶ nicht in Frage stellt, erlischt die Valutaforderung jedoch frühestens im Zeitpunkt der Gutschrift auf dem Empfängerkonto³⁷. Damit wird dem Sicherheitsbedürfnis der Gläubiger Rechnung getragen, die eine bargeldlose Zahlung erst dann als Erfüllung gelten lassen wollen, wenn sie einen sofort realisierbaren³⁸ und unentziehbaren Geldanspruch gegen die von ihnen ausgewählte Empfängerbank erlangt haben, auf deren Liquidität³⁹ sie vertrauen, oder — anders ausgedrückt — berücksichtigt, daß die Gläubiger nicht das Risiko eingehen wollen, daß die Forderung, die die Empfängerbank gegen eine andere Bank erworben hat, später wertlos oder die Empfängerbank vor Gutschrift gar selbst zahlungsunfähig⁴⁰ wird⁴¹.

Wird die Absender- oder die letzte Zwischenbank zahlungsunfähig, bevor die Empfängerbank die ihr zugeflossene Forderung realisieren konnte, so würde zwar die Valutaforderung nicht erlöschen, da die Empfangsbeauftragte keine vollwertige Leistung erlangt hat⁴². Man müßte dann aber in Kauf nehmen, daß das Vertrauen der Empfänger in die Be-

ständigkeit der Gutschrift und damit in das Buchgeld enttäuscht wird, wenn sich die Empfängerbank nach der Gutschrift auf die Unzulänglichkeit der Deckung beruft. Dazu ist die Bank nach der Ansicht v. Godins⁴³ ohne weiteres berechtigt: Wird die Absenderbank illiquide, bevor die Empfängerbank den ihr gutgebrachten Betrag⁴⁴ einzuziehen vermag, so muß die Empfangsbeauftragte natürlich nur den wahren Wert — die Konkursquote — und nicht den Nominalwert der Gutschrift abführen. Der im Tagessaldo zugunsten des Empfängers angesetzte Betrag ist unrichtig und kann somit jederzeit berichtigt werden.

Noch deutlicher tritt diese Konsequenz beim „Elavis“ hervor. Normalerweise läuft bei der überbetrieblichen Überweisung der Überweisungsträger zusammen mit dem Sammler, auf dem die Daten der Überweisungsträger zusammengefaßt werden, von der Absenderbank über die Zwischenbanken bis zur Empfängerbank. Dies kann zu relativ großen Zeitverlusten führen, zumal dann, wenn mehrere Zwischenbanken eingeschaltet werden müssen. Die Erfassung der Überweisungsträger im Sammler ermöglicht es, den Überweisungsträger per „Elavis“ unmittelbar an die Empfängerbank abzusenden. Die Empfängerbank entnimmt dem „Elavis“, daß sie demnächst Deckung erhalten wird, und wird in aller Regel den Überweisungsbetrag dem Empfänger sofort gutschreiben⁴⁵. Solange aber die Deckung nicht eingegangen ist kann die Buchung jederzeit rückgängig gemacht werden denn die Empfängerbank hat noch nichts erhalten, was sie in Form eines Herausgabeanspruches in das Kontokorrent einstellen müßte.

Der Empfänger kann normalerweise aber weder der Gutschrift noch der Gutschriftsanzeige entnehmen, ob die Bank den Betrag auf Grund eines „Elavis“ gebucht oder schon

27 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 516 f.; ferner S. 519, 542, vgl. aber auch S. 532.

28 Vgl. Steindorff, ZHR 126 S. 174, 177.

29 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 533 f.

30 So jedenfalls wohl für die überbetriebliche Überweisung; unklar v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 511 ff.

31 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 512 ff., wenn auch unter gewissen auf die Kontokorrentabsprache bezogenen Einschränkungen. Vgl. ferner Koch, BankArch. 33 S. 164, 165.

32 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 511 f.; ähnlich wohl BGH, LM Nr. 12 zu § 355 HGB — BB 1956 S. 546.

33 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 512, 515.

34 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 531, spricht hier dunkel davon, daß die Bank den Empfänger „die ihr von dem Überweiser aufgetragene Simultanleistung in Empfang nehmen lasse“ ohne anzugeben, welche Forderung in das Kontokorrent eingestellt werden soll.

35 Richtig Steindorff, ZHR 126 S. 174, 177; konsequent aber Schütz, AcP 160 S. 17, 24 ff.

36 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 525.

37 Vgl. die Nachweise in Fußnote 13.

38 Unter dem selbstverständlichen Vorbehalt, daß die Empfängerbank keine Ansprüche gegen den Empfänger hat, die zur Verrechnung gestellt werden können.

39 Meyer-Cording, Banküberweisung, a.a.O., S. 47; kritisch Schütz, AcP 160 S. 17, 24 f., 28 f.

40 Diesen Aspekt vernachlässigt Simitis, AcP 159 S. 406, 449 ff., wenn er der Zahlung mit Bargeld ohne weiteres die Zahlung mit Buchgeld gleichsetzt. Einzelne Geschäftsbanken können jederzeit in Konkurs fallen, während ein Konkurs der Zentralnotenbank undenkbar ist. Eine Inflation, die die Zentralnotenbank zu verantworten hat, läßt sich mit einem Konkurs in gewissem Umfang vergleichen, doch darf man nicht übersehen, daß der Inflationsgefahr kraft Gesetzes alle Inhaber von Bargeld, Buchgeld und sonstigen Geldforderungen ausgesetzt sind.

41 Dies ist im Ergebnis an sich nicht unangemessen, da der Überweisende auf die Auswahl der Empfängerbank keinen Einfluß hat und es daher nahe liegt, den Empfänger das Risiko in dem von ihm beherrschten Bereich tragen zu lassen. (So Schütz, AcP 160 S. 17, 25; inkonsequent v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 564 ff.) Man kommt jedoch nur schwer an der in der Verkehrssitte verborgenen Risikoverteilung vorbei, derzufolge Gläubiger Buchgeld nur unter der Voraussetzung als Erfüllung gelten lassen, daß sie über das Guthaben sofort verfügen und eventuell noch rechtzeitig abziehen können. (Ebenso Simitis, AcP 159 S. 406, 433.) Will der Schuldner das Risiko der Zahlungsunfähigkeit einer Empfängerbank, der er nicht vertraut, nicht in Kauf nehmen, so mag er mit Bargeld erfüllen. Dann kann er die Zahlungsmittel selbst aussuchen und das ihm gemäß § 270 BGB auferlegte Transportrisiko voll steuern.

42 Vgl. Steindorff, ZHR 126 S. 174, 178.

43 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 518 f., 543.

44 Es wird hier davon ausgegangen, daß die Empfängerbank zur Gutschrift nur verpflichtet ist, wenn sie wertmäßige Deckung erlangt hat. Vgl. dazu Ulmer, SJZ 1948 Sp. 236 ff. einerseits, und Meyer, DRZ 1949 S. 74 ff. andererseits.

45 Zur technischen Abwicklung der Giroüberweisung näher v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 505 ff.

Deckung erlangt hat. Er wird deshalb regelmäßig darauf vertrauen, daß sich sein Vermögen unwiderruflich um die Gutschrift vergrößert hat. In diesem Vertrauen wird er herb enttäuscht werden, wenn er sich später sagen lassen muß, durch die Gutschrift sei ihm Kredit eingeräumt worden⁴⁶ bzw., was noch mißlicher ist, wenn er feststellen muß, daß er im Vertrauen auf die Gutschrift verfrüht Sicherheiten aufgegeben oder die rechtzeitige gerichtliche Durchsetzung der Valutaforderung versäumt hat.

v. Godin hat diese Konsequenz erkannt und gebilligt. Sie ergibt sich für ihn als eine selbstverständliche Folge eines an dem Inkasso von Bargeld orientierten Verständnisses der Giroüberweisung. Über die innere Rechtfertigung dieses Interpretationsansatzes hat er nicht ausdrücklich Rechenschaft abgelegt, doch geht man wohl nicht fehl, wenn man v. Godin unterstellt, er habe die Empfängerbank von einer seiner Meinung nach aufgedrängten Garantenstellung zu befreien versucht.

III. Demgegenüber hat die h. M. immer dem Interesse der Empfänger an der Endgültigkeit der Gutschrift Rechnung getragen und der Empfängerbank in gewissem Umfang eine Garantenstellung zugewiesen. Sie sieht in der Gutschrift den Schlußstein eines abstrakten Schuldversprechungsvertrages⁴⁷ bzw. einer stereotypisierten Garantie⁴⁸, die sämtliche Deckungsmängel zu überbrücken vermag⁴⁹ und dem Empfänger einen vollwertigen Anspruch gibt⁵⁰. Damit ist, jedenfalls was Deckungsmängel anlangt, ein vollwertiger Vertrauensschutz gewährleistet.

Hefermeil⁵¹ stützt diesen Vertrauensschutz auf § 784 BGB, demzufolge dem Anweisungsempfänger nach Annahme nur solche Einwendungen entgegengesetzt werden können, welche sich aus dem Inhalt der Anweisung bzw. der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen. Aus § 784 BGB läßt sich jedoch der umfassende Einwendungsausschluß nicht herleiten, denn § 784 BGB soll nicht generell den Kreis der denkbaren Einwendungen beschränken, sondern nur in dem Umfang, wie es zur Erhöhung der Zirkulationsfähigkeit nötig ist⁵². Von Gutschriften kann man aber wohl kaum behaupten, daß ihre Umlauffähigkeit verbessert werden müßte. Auch die Berufung Küblers⁵³ auf den Handelsbrauch hält kritischen Einwendungen nicht stand. Man kann wohl davon ausgehen, daß ein Handelsbrauch existiert, der besagt, daß dem Empfänger nicht mehr Einwendungen aus dem Verhältnis Überweisender — Absenderbank entgegengehalten werden dürfen. Ob sich aber auch schon ein Handelsbrauch zu dem Problem gebildet hat, das auftaucht, wenn die Empfängerbank keine Deckung erlangt hat, ist bislang nicht nachgewiesen.

Man wird den tieferen Grund der Verselbständigung des Anspruchs aus der Gutschrift mit Meyer-Cording⁵⁴ und E. Ulmer⁵⁵ in der Funktion der Banküberweisung und den besonderen Interessen der Banken suchen müssen.

Die Überweisung von Buchgeld dient in der Regel Erfüllungszwecken. Der Erfüllungseffekt ist aber nur gewährleistet, wenn ein — verdeckter — Schwebezustand nicht in Kauf genommen werden muß⁵⁶. Andernfalls müßten die Empfänger von Buchgeld befürchten, daß sie Sicherheiten vorzeitig aufgeben könnten oder es versäumen könnten, dubiose Forderungen rechtzeitig beizutreiben. Bei einer Erfüllung mit Bargeld würden sie diese Gefahr nicht laufen, denn das mit der mangelnden Deckung der Gutschrift vergleichbare Risiko der Verfügung durch den Nichtberechtigten hat der Gesetzgeber durch die erweiterte Zulassung des gutgläubigen Erwerbes beseitigt. Darüber hinaus müßten sie bei der Entgegennahme von Bargeld auch nicht besorgen, daß Dispositionen, die sie im Vertrauen auf ihre Liquidität gemacht haben, plötzlich der Boden entzogen werden würde oder nur mit Hilfe teuren Bankkredits durchgeführt werden könnten.

Die besondere Funktion der Banküberweisung bedingt auch, daß der Verkehrsschutz unabhängig von einem Verschulden der Bank gewährleistet ist.

In den meisten der hier in Betracht kommenden Fällen wird kaum von einem echten Verschulden der Bank die Rede sein können⁵⁷. Bei Buchungen auf Grund eines Eilavises ist es ja gerade der Zweck der Gutschrift, dem Empfänger eine Verfügungsmöglichkeit zu eröffnen, bevor die Deckung eingegangen ist. Hier kann man nur davon sprechen, daß die Bank den angewiesenen Betrag auf eigenes Risiko gutbringt, denn anders als beim Scheckinkasso, wo die Gutschriften

unter dem Vorbehalt der Einlösung stehen⁵⁸, werden Eilavisgutschriften unter Verzicht auf etwaige ausdrückliche oder vertraglich vereinbarte Einschränkungen erteilt. Aber auch in den anderen Fällen der Gutschrift ohne Deckung führt der Verschuldensgrundsatz zu keinen sachgerechten Ergebnissen. Der Empfänger hat in die inneren Organisationsverhältnisse der Bank keinen Einblick. Er kann in der Regel weder beurteilen noch gar beweisen, ob die voreilige Gutschrift der Bank vorzuwerfen ist. Selbst wenn man mit einer Beweislastumkehr⁵⁹ arbeiten wollte, würde man doch den angestrebten Verkehrsschutz, der das Buchgeld im wirtschaftlich erforderlichen und tragbaren Rahmen dem Bargeld gleichstellen soll, stark verwässern. Dabei sollen die Schwierigkeiten, die die Prüfung eines etwaigen Organisationsverschuldens aufwirft, gar nicht in den Vordergrund gespielt werden. Entscheidend ist vielmehr, daß Bargeld in weiten Bereichen durch Buchgeld ersetzt werden soll und es deshalb gewährleistet sein muß, daß die Empfänger von Buchgeld in ihrem Vertrauen auf die Beständigkeit der Gutschrift nicht enttäuscht werden, wenn der Anlaß der Enttäuschung nicht aus ihrer eigenen Zurechnungssphäre stammt und daher von ihnen nicht vorausgesehen werden kann⁶⁰. Das heißt — ins Positive gewendet — nicht, daß die Bank dem Vertrauen auf die Gutschrift immer dann zu entsprechen hat, wenn der

46 So v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 516.

47 Im folgenden wird das abstrakte Schuldanerkennnis dem abstrakten Schuldversprechen wegen der Identität der Rechtsfolgen gleichgestellt. In diesem Sinne vgl. BGH, BGHZ 6 S. 121 ff. = BB 1952 S. 479; BGH, BGHZ 26 S. 167, 171; BGH, WM 1955 S. 1473, 1476; OLG Kassel, NJW 1949 S. 112, 113; OGH, OGHZ 4 S. 81, 85; Cohn in: Endemann, Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1885, Bd. III, S. 1054; Breit in: Düringer/Hachenburg, HGB, 1910, Anh. II zu §§ 363—365 Anm. 9; Schlegelberger/Hefermeil, HGB, Anh. § 365 Anm. 45; Meyer-Cording, Banküberweisung, a.a.O., S. 41; Kienschner, Widerruf, a.a.O., S. 35 ff.; Bettermann, ZHR 111 S. 135, 143; Möhring, NJW 1947/48 S. 505, 506; Meyer, DRZ 1949 S. 74, 75; Schönte, Bank- und Börsenrecht, 1971, S. 328, jeweils mit weiteren Nachweisen.

48 Kübler, Feststellung und Garantie, 1967, S. 204 f.

49 Allerdings hat es häufig den Anschein, als ob manche Vertreter der herrschenden Meinung das selbständige Schuldversprechen/Anerkennnis nur gewählt hätten, um Deckungsmängel im Verhältnis Überweisender — Absenderbank auszuschalten, die bei einer Zessionslösung gem. § 404 BGB dem Empfänger entgegengehalten werden können. Vgl. Cohn in: Endemann, Handbuch, a.a.O., S. 1054.

50 Dieser Anspruch ist in weitem Umfang gegen Kondiktionsangriffe geschützt. Die Empfängerbank wird von der Absenderbank mit der Gutschrift beauftragt. Erteilt sie die Gutschrift, bevor sie Deckung erlangt hat, so handelt sie auf eigenes Risiko (vgl. die Wertung des § 813 BGB). v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 516, bestreitet freilich die Existenz eines Auftragsverhältnisses zwischen der Empfängerbank und einer vorgeschalteten Bank. Das ist von dem Ansatz her konsequent, daß die Empfängerbank nur das gutzubringen hat, was sie bereits erhalten hat. Er übersieht jedoch, daß die Empfängerbanken vielfach — und gerade auch beim Eilavis — tätig werden, bevor sie volle wertmäßige Deckung erlangt haben. Dann ist es nur angemessen, wenn sie aus Vertrag auf den „Veranlasser“ zurückgreifen können. Darüber hinaus wird man auch dem Überweisenden, der das Verlust- und eventuell auch das Verzögerungsrisiko trägt, einen Zugriff auf die Empfängerbank nach vertragsrechtlichen Schadensersatzregeln geben müssen. All das spricht für eine vertragliche Bindung zwischen der Empfängerbank und der Bank, mit der sie unmittelbar Kontakt aufgenommen hat. Sollte das Auftragsverhältnis aus irgendwelchen Gründen nichtig sein, so stellt Nr. 4 Abs. 3 AGB klar, daß die Gutschrift storniert werden kann. Ob sich daraus auch ergibt, daß Bereicherungsansprüche abweichend von den auf Dreiecksverhältnisse im allgemeinen (dazu zuletzt E. Schmidt, JZ 1971 S. 601, 606 ff.) und auf die typische Interessenstruktur des Überweisungsverhältnisses im besonderen (v. Caemmerer, JZ 1962 S. 385, 386) zugeschnittenen Kondiktionsregeln auch gegen den Empfänger gerichtet werden dürfen, kann hier offen bleiben.

51 Schlegelberger/Hefermeil, HGB, Anh. § 365 Anm. 48; so auch OLG Kassel, NJW 1949 S. 112, 113; Kock, Die Wirksamkeit des Widerrufs bzw. der Anfechtung einer Banküberweisung, Diss. Göttingen 1951, S. 71 ff.

52 E. Ulmer, AcP 126 S. 130, 156.

53 Kübler, Feststellung, a.a.O., S. 204.

54 Meyer-Cording, Banküberweisung, a.a.O., S. 48.

55 E. Ulmer, AcP 126 S. 130, 156.

56 Ebenso OLG Kassel, NJW 1949 S. 112, 113; Meyer, DRZ 1949 S. 74, 75; Jacobsohn, BB 1948 S. 114; Kock, Widerruf, a.a.O., S. 74; Bettermann, ZHR 111 S. 135, 155; Kübler, Feststellung, a.a.O., S. 201; Schwark, WM 1970 S. 1334, 1335.

57 Auch der objektive Verschuldensmaßstab im Sinne des § 276 BGB muß noch auf Rudimente persönlicher Vorwerfbarkeit zurückgeführt werden können. Vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 20 III; vgl. ferner zu dem hier angeschnittenen Problem Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 203 f.

58 Nr. 41 AGB.

59 Vgl. Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1966, S. 65 ff.; Larenz, Schuldrecht I, S. 275.

60 So wohl auch RG, SeuffArch. 58 S. 138, 142.

Empfänger die Gutschrift nicht zu verantworten braucht, sondern umgekehrt, wie es dem mit einem erweiterten Verkehrsschutzbedürfnis in der Regel verbundenen Risikoprinzip⁶¹ entspricht, daß die Bank sich auf mangelnde Deckung nicht berufen darf, wenn der Grund für die vorzeitige Gutschrift in den spezifischen Betriebs- und Organisationsrisiken der Empfängerbank liegt.

Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß das Vertrauen in die Beständigkeit der Gutschrift auch dann geschützt werden müßte, wenn der Empfänger von dem Vertrauensstatbestand — der Gutschrift — keine Kenntnis erlangt oder auf die Gutschrift noch keinerlei Dispositionen gegründet hat. Besonders ein Vertrauensschutz ohne konkretes Vertrauen vermag auf den ersten Blick nicht recht einzuleuchten⁶². Dies haben denn auch einige ältere Autoren⁶³ zu berücksichtigen versucht, die zwar mit der Gutschrift einen unentziehbaren Anspruch des Empfängers entstehen ließen, aber gleichzeitig der Empfängerbank bis zur Gutschriftsanzeige ein freies Stornierungsrecht einräumten, wenn für den gutgeschriebenen Betrag keine Deckung eingegangen war. Die Gutschriftsanzeige ist als Differenzierungskriterium allerdings untauglich. Die Gutschrift ist zwar ein Internum der Bank. Gleichwohl kann der Empfänger aber schon vor der Anzeige der Bank Kenntnis von dem Vollzug der Gutschrift erlangt haben. Andererseits ist nicht jede Gutschriftsanzeige für etwaige Vermögensdispositionen kausal. Es müßte also von Fall zu Fall untersucht werden, wann dem Empfänger die Gutschrift bekannt geworden ist und was er daraufhin ins Werk gesetzt hat. Dabei würden sich naturgemäß beträchtliche Beweisschwierigkeiten ergeben. Das Überweisungsgeschäft ist ein Massengeschäft, das nach Typizität verlangt⁶⁴. Die Rechtsfolgen müssen deshalb an einfach und exakt feststellbare Tatsachen anknüpfen, die nach Möglichkeit in den Büchern der Bank zuverlässig Niederschlag gefunden haben.

Befürwortet man überhaupt einen Vertrauensschutz, so ist ein typisierter Vertrauensschutz, der alle denkbaren Fälle umfaßt, unumgänglich. Eine derartige Typisierung, die auf eine Prüfung konkreten Vertrauens bzw. kausaler Dispositionen verzichtet, dürfte durchaus im Interesse der Banken gelegen sein. Die Banken müssen nämlich, wie Meyer-Cording⁶⁵ zutreffend hervorhebt, durchaus damit rechnen, daß Gläubiger die Erfüllung mit Buchgeld ablehnen, wenn sie damit rechnen müßten, daß ihnen Einwände aus den kausalen Beziehungen entgegengesetzt werden könnten. Das können sie sich jedoch wegen der besonderen Rentabilitätsanfordernisse des Giroverkehrs kaum leisten. Die Banken betreiben das Girogeschäft nämlich nicht, um aus den anfallenden Gebühren Gewinne zu ziehen, sondern um mit Hilfe des bargeldlosen Zahlungsverkehrs das Kreditvolumen zu erweitern und das Girogeschäft als Kontaktmöglichkeit und Katalysator für andere gewinnträchtigere Bankgeschäfte, wie das Wertpapier- oder das Kreditgeschäft, zu benutzen⁶⁶. Die Banken werden sich deshalb bemühen, in ihren Kunden das Gefühl zu erwecken und zu bestärken, eine Gutschrift sei letztlich Bargeld und sich normalerweise hüten, Gutschriften zu stornieren, falls sie sich über den Eingang einer ausreichenden Deckung geirrt oder im Fall des Eilavis bewußt das Risiko einer Illiquidität der Absenderbank außer acht gelassen haben. Dazu werden sie um so eher geneigt sein, als etwaige Verluste nur relativ selten auftreten dürften und in der Regel als Kosten auf alle Bankkunden überwältigt werden können. Für diese Sicht der Interessenlage spricht auch § 4 Abs. 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, demzufolge eine Stornierungsbefugnis nur⁶⁷ für Gutschriften vorgesehen ist, „die infolge eines Irrtums, eines Schreibfehlers oder aus anderen Gründen vorgenommen wurden, ohne daß ein entsprechender Auftrag vorliegt“. In Fällen, in denen schon ein Überweisungsauftrag fehlt, werden die Empfänger nämlich keine Zahlung erwarten. Die Banken brauchen deshalb nicht zu befürchten, daß die Stornierung mit einer Einschränkung der Geschäftsbeziehungen beantwortet wird.

Die Berufung auf das Fehlen einer Deckung ist mithin nach der Gutschrift, spätestens nach der Gutschriftsanzeige, ausgeschlossen. An die Stelle des nicht existierenden Herausgabeanspruchs muß also ein selbständiger Anspruch auf Geld treten, der in das Kontokorrent eingestellt werden kann. Hat man aber einmal den Schritt zur Anerkennung von Forderungen getan, die von der konkreten Herausgabepflicht unabhängig sind, so sollte man der Einheitlichkeit⁶⁸ wegen alle Ansprüche auf Herausgabe des von der Empfängerbank Er-

langten der potentiellen Modifikation durch da: Garantieversprechen bzw. der rechtlichen Verselbständigung unterstellen^{69a}. Dadurch könnte man verhindern, daß im Einzelfall geklärt werden muß, ob die Bank bei der Gutschrift bzw. der Gutschriftsanzeige von der Berufung auf die fehlende Deckung Abstand nehmen wollte^{69b}.

IV. Sowohl stereotypisierte Garantie als auch das abstrakte Schuldversprechen bedürfen der vertraglichen Eingung.

1. Nach anerkannter Verkehrssitte⁶⁹ ist aber der einseitige Akt der Gutschrift⁷⁰ der maßgebliche Zeitpunkt, von dem an dem Empfänger ein unwiderruflicher und uneingeschränkter Geldanspruch gegen die Bank erwächst. Diese Verkehrssitte sucht dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit in dem Massengeschäft der Giroüberweisung Rechnung zu tragen. Der Zeitpunkt der Gutschrift läßt sich leicht und exakt aus den Büchern der Bank feststellen, während jedes Abstellen auf den Zugang von Willenserklärungen, sei es von Offerten oder Annahmeerklärungen, infolge denkbarer Kommunikationsfehler zu erheblichen Beweisschwierigkeiten und damit zu einer dem bargeldlosen Zahlungsverkehr schädlichen Ungewißheit führen müßte⁷¹.

2. Bislang ist es noch nicht recht gelungen, diese Verkehrssitte mit dem System der Rechtsgeschäfte in Einklang zu bringen. Die Gutschrift ist ein Buchungsakt, der auf den ersten Blick keine unmittelbare Beziehung zu einer korrelierenden Erklärung des Empfängers aufweist. Es wurden daher die mannigfaltigsten Versuche⁷² unternommen, bestimmten Handlungen des Empfängers und der Empfängerbank die zum Abschluß des Vertrages erforderlichen Willenserklärungen zu unterchieben. Sie lassen sich im Grunde auf zwei Typen zurückführen: einmal die individualvertragliche Lösung und zum anderen die Deutung des Girovertrages als Globalvertrag.

a) Die Anhänger der These vom Individualvertrag sind der Ansicht, daß jede Gutschrift einen gesonderten abstrakten Schuldversprechensvertrag⁷³ begründe. Sie haben von dem Ausgangspunkt dieser These her freilich mit dem Problem zu kämpfen, daß sie erklären müssen, wann und wie die Offerte auf Abschluß eines Schuldversprechensvertrages über einen bestimmten Geldebetrag zugegangen ist. Da der Empfänger in der Regel vor der Gutschrift keine Kenntnis von dem Überweisungsvorgang erlangt, griff man zu verschiedenen Fiktionen, deren wichtigste hier kurz dargestellt seien. So wies man der Bank die Rolle der Vertreterin des Kunden zu, die den Vertrag als Selbstkontrahentin schloß⁷⁴, oder unterstellt aber dem Empfänger, er habe zugleich mit dem Antrag auf Abschluß des Girovertrages eine Vezahl von

61 Vgl. dazu aus der neueren Literatur vor allem Canaris Vertrauenshaftung, a.a.O., bes. S. 203 ff., 477 ff.

62 Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, a.a.O., S. 491 ff.

63 Cohn in: Endemann, Handbuch, a.a.O., S. 1054; Hildebrandt, JW 1933 S. 2528; anderer Ansicht Breit in Düringer/Hachenburg, HGB, Anh. II zu §§ 363–365 Anm. 13. Vgl. auch Mez, ArchBürgR 34 S. 47, 79.

64 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 529.

65 Meyer-Cording, Banküberweisung, a.a.O., S. 48.

66 Hagenmüller, Der Bankbetrieb, 3. Aufl. 1970, Bd. II, S. 288 ff.

67 Schlegelberger/Hefermehl, HGB, Anh. § 365 Anm. 50.

68 Das übersieht Bettermann, ZHR S. 111, 135 146.

69^a Man könnte versucht sein, dieser Lösung den Vorwurf der Vertragsfiktion zu machen und ihr entgegenzuhalten, daß dort, wo eine Deckung fehlt, die Bank unmittelbar nach erweiterten Vertrauenshaftungsgrundsätzen hafte. Dieser Einwand wäre indessen unberechtigt. Zwischen Bank und Empfänger besteht schon ein Vertragsverhältnis. Dieses gilt es auszulegen, wobei natürlich auch die Vertrauensgrundsätze zu berücksichtigen sind. Eine differenzierende Lösung würde das Vertragsverhältnis ohne Grund zerreißen und die angestrebte Einheitlichkeit der Anspruchsgrundlage ohne innere Notwendigkeit gefährden.

69^b Die Gutschrift ist eine Willenserklärung im weiteren Sinne (siehe unter IV). Da sie nicht zugangsbefähigt ist, ist allein auf den subjektiven Willen der Bank abzustellen. Larenz, a.a.O., AT, S. 514.

69 Vgl. Fußnote 13.

70 Auf dem laufenden Konto. Die Gutschrift auf einem sonstigen Konto dürfte nicht genügen. Vgl. aber Nebelung, NJV 1959 S. 1068, 1069.

71 Nebelung, NJW 1959 S. 1068, 1069; Staub/Koenige, Kommentar zum HGB, 11. Aufl. 1921, Anh. § 363 Anm. 2.

72 Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Lösungsversuche bei Meyer-Cording, Banküberweisung, a.a.O., S. 44 ff.; Kinscherf, Wideruff, a.a.O., S. 35 ff.; weitere Nachweise bei Kämpfer, Die rechtliche Natur der Giroüberweisung, Diss. Jena 1935, S. 4 ff.

73 Ob die Gutschrift als Element eines abstrakten Schuldversprechens oder einer stereotypisierten Garantie zu qualifizieren ist, kann dahingestellt bleiben.

74 Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912, S. 817.

Offerten⁷⁵ zu abstrakten Schuldversprechen abgegeben und auf den Zugang der Annahmeerklärung gemäß § 151 BGB verzichtet⁷⁶.

Daß die Empfängerbank sich nicht als Vertreterin ihres Kunden sieht, bedarf wohl keiner besonderen Begründung⁷⁷. Lebensfremd ist aber auch die Unterstellung, der Empfänger habe eine Vielzahl von Offerten abgegeben⁷⁸. Denkt man diese Konstruktion nämlich zu Ende, so muß man fingieren, daß der Empfänger eine ungeheure Zahl von Offerten zu den verschiedensten Beträgen abgegeben habe. Das gilt letztlich auch von der These, daß der Empfänger ein für allemal sämtliche Angebote der Bank aus der Gutschrift angenommen und auf den Zugang der Gutschrifts-Offerten verzichtet habe; denn die Parteien werden vielmehr davon ausgehen, daß sie mit dem Girovertrag ein Rechtsverhältnis begründen, durch das die Empfängerbank — im untechnischen Sinne — ermächtigt wird, ohne weitere Mitwirkung des Empfängers durch Gutschrift eine unentziehbare Forderung zu begründen. Der Empfängerbank soll Gelegenheit gegeben werden, zu prüfen, ob ein entsprechender Überweisungsauftrag vorliegt und ob ausreichende Deckung eingegangen ist. Da diese Prüfung von Überweisung und Deckung allein im Interesse der Bank liegt, dürften die Parteien eine streng einseitige Erklärung in Form einer Gutschrift für angemessen und ausreichend halten.

b) Deshalb muß man im Ergebnis den Anhängern des Globalvertrages⁷⁹ beipflichten, denen es bislang jedoch noch nicht gelungen ist, die Struktur des Globalvertrages überzeugend darzustellen.

Meyer-Cording⁸⁰ beispielsweise bezeichnet die Gutschrift als rein äußerliche Handlung, als Realakt oder Willensbetätigung, die nur aufgrund des Girovertrages die rechtlichen Wirkungen eines abstrakten Schuldversprechens nach sich ziehe. In die Koppelung von tatsächlicher Handlung und Rechtsfolge legt er eine gewisse Automatik, deren Wirkungsweise er nicht näher erläutert. Man wird aber annehmen dürfen, daß er in den Girovertrag ein Bündel von Bedingungen⁸¹ hineininterpretiert, die auf Gutschriften abstellen. Die Gutschrift löst eine entsprechende Verpflichtung aus, wenn sie die in Form von Bedingungen im Girovertrag angelegten Raster trifft; sie ist demnach Realakt⁸².

Man sieht deutlich, daß die Willenserklärungen als Basis des Vertrages von Realakten verdrängt werden. Die Schutzfunktion der §§ 104 ff. BGB geht hierdurch verloren⁸³. So müßte man nach der Ansicht Meyer-Cordings eine Gutschrift, der ein Überweisungsauftrag, aber keine Deckung zugrunde liegt, als rechtserheblich anerkennen, wenn der mit der Gutschrift betraute Angestellte geschäftsunfähig geworden ist. Fälle, in denen es auf die Geschäftsfähigkeit oder die ordnungsmäßige Vertretung ankommt, werden zugegebenermaßen keine wesentliche Rolle spielen, doch sollte man aus prinzipiellen Erwägungen das ausgewogene System der Rechtsgeschäftslehre nicht ohne Not zugunsten eines Systems von Bedingungen aufgeben. Das scheint auch Kienscherf⁸⁴ gespürt zu haben, der sich gegen die Ansicht Meyer-Cordings wendet, Gutschriften seien Realakte und sie zwar nicht als Willenserklärungen im engeren Sinne, wohl aber als sog. Willensbetätigungen bezeichnet. Die dogmatische Berechtigung dieser Einordnung läßt Kienscherf jedoch im dunkeln.

3. Der Funktion der Gutschrift im Rahmen des Globalvertrages wird man nur gerecht, wenn man sie als rechtsgeschäftliche Gestaltungserklärung charakterisiert.

a) Parallelen sind dazu aus dem Bereich der ausfüllenden Gestaltungsrechte⁸⁴ gemäß §§ 315, 317 BGB und des Spezifikationskaufs (§ 375 HGB) bekannt. In diesen Fällen wird ebenfalls ein Rahmenvertrag geschlossen, der durch die Erklärung einer der Vertragsparteien oder eines Dritten nach Art und Umfang der Verpflichtungen konkretisiert wird. Die durch Gestaltungsrechte ausfüllbaren Rahmenverträge sind nicht auf die in den §§ 315 ff. BGB, 375 HGB geregelten Typen beschränkt. Diese Vorschriften enthalten nämlich lediglich Auslegungsregeln, die Kompetenzverteilung und Umfang der Gestaltungsbefugnis umreißen. Hier gilt vielmehr das Prinzip der Vertragsfreiheit, kraft dessen sich die Parteien darauf beschränken können, zunächst nur den Rahmen eines abstrakten Schuldversprechensvertrages abzustecken. Dieser Rahmen wird durch die in den Gutschriften enthaltenen Gestaltungserklärungen stufenweise konkretisiert und die dar-

aus entspringenden Ansprüche in das Kontokorrent eingestellt. Der Ausfüllungsspielraum ist natürlich hier relativ eng und beschränkt sich im wesentlichen auf den Zeitpunkt der Gutschrift und die Frage, ob eine Gutschrift erfolgen soll, bevor ausreichende Deckung eingegangen ist. Das steht jedoch einer Deutung der Gutschrift als Gestaltungserklärung nicht entgegen, da eine begriffliche Abhängigkeit vom Ermessensspielraum nicht existiert; ausschlaggebend ist ausschließlich die Befugnis zur einseitigen Veränderung vertraglicher Pflichten.

b) Autonom sind die Parteien auch in der Ausformung des „ausfüllenden Gestaltungsrechtes“. Sie können deshalb auch auf die Zugangsbedürftigkeit der Gestaltungserklärung verzichten. § 315 Abs. 2 BGB schreibt beispielsweise zwar vor, daß die Bestimmung der Leistung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil erfolge. Das ist im Regelfall auch durchaus sinnvoll, denn ohne Kenntnis des Inhalts der geschuldeten Leistung kann dem Schuldner die reibungslose Erfüllung nicht zugemutet werden⁸⁵. In Situationen aber, in denen der Erklärungsgegner nur Rechte erwerben kann und mit dem Rechtserwerb von vornherein einverstanden ist und darüber hinaus sogar an einem möglichst frühzeitigem Rechtserwerb interessiert ist, erübrigt sich das Zugangsfordernis. Das zeigt auch ein Blick auf § 151 BGB, wo dem Antragenden Rechte aus dem Vertrag schon vor dem Zugang einer Annahmeerklärung erwachsen können⁸⁶. Er lehrt auch, daß der Einwand v. Godins⁸⁷, die Buchung sei ein reines Internum, unbegründet ist. Die Buchung ist sicherlich primär auf eine betriebsinterne Vermögensbilanzierung gerichtet. Sie erfolgt nicht, um anderen etwas mitzuteilen, sondern bezweckt in erster Linie einen tatsächlichen Erfolg. Aber gerade das, was v. Godin heranzieht, um die rechtsgeschäftliche Natur der Gutschrift zu verneinen, charakterisiert die Annahme, wie sie § 151 BGB im Auge hat. Dabei braucht man bloß an das Beispiel einer Reservierung des bestellten Zimmers zu denken, die gleichfalls ein Akt der betrieblichen Organisation der Betriebsmittel darstellt und nicht der Kommunikation mit dem Vertragspartner dient.

Falsch wäre es jedoch, aus der Einordnung der Gutschrift in die Kategorie der Gestaltungserklärungen zu schließen, es müsse sich hier um eine Willenserklärung im strengen Sinne handeln. Die Buchung ist, wie die Parallele zu den von § 151 BGB erfaßten Aneignungs- und Erfüllungshandlungen gezeigt hat, eine Form der Willensbetätigung⁸⁸. Sie ist somit nicht lediglich Realakt, sondern eine Variante rechtsgeschäftlichen Handelns⁸⁹, für die im wesentlichen die für Willenserklärungen im eigentlichen Sinne maßgebenden Rechtsfolgen gelten. Als Fazit dieser Untersuchung kann festgehalten werden, daß die Buchung eine Gestaltungserklärung darstellt, die von Fall zu Fall einen rahmenartig verfaßten abstrakten Schuldversprechensvertrag konkretisiert und dem Empfänger eine unentziehbare, gegen Kondiktionsansprüche gesicherte Forderung verschafft.

75 Rospatt, BankArch. 33 S. 320, 325, vertritt die Variante, daß die Angebote von der Bank abgegeben werden und der Empfänger ex ante auf den Zugang der Angebotserklärungen verzichtet habe.

76 Schlegelberger/Hefermehl, HGB, Anh. § 365 Anm. 45; Ulmer, SJZ 1948 Sp. 237; Pünder, Widerruf, a.a.O., S. 72 ff.; Hildebrandt, JW 1933 S. 2528 f. mit weiteren Nachweisen; so wohl auch OLG Kassel, NJW 1949 S. 587, 589.

77 Vgl. Meyer-Cording, Banküberweisung, a.a.O., S. 45; Schütz, AcP 160 S. 17, 19.

78 Kienscherf, Widerruf, a.a.O., S. 36, 39; im Ergebnis auch Grusewski, JherJb. 85 S. 135, 139; OLG Dresden, JW 1933 S. 2528, 2529.

79 Meyer-Cording, Banküberweisung, a.a.O., S. 42 f.; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, Anh. § 365 Anm. 45; Kienscherf, Widerruf, a.a.O., S. 39 f.; Kock, Die Wirksamkeit des Widerrufs bzw. der Anfechtung einer Banküberweisung, Diss. Göttingen 1951, S. 53; ferner wohl auch Schoele, Überweisung, a.a.O., S. 25.

80 Meyer-Cording, Banküberweisung, a.a.O., S. 42 f.

81 So ausdrücklich Schönle, Bank- und Börsenrecht, S. 328.

82 Ebenso Simitis, AcP 159 S. 406, 453; vgl. dazu auch Loebell, Die Buchung im Recht der Banküberweisung, Diss. Göttingen 1953, S. 97 ff.

82a Das übersieht Loebell, Buchung, a.a.O., S. 104.

83 Kienscherf, Widerruf, a.a.O., S. 40.

84 Zur Struktur und Funktion der ausfüllenden Gestaltungsrechte vgl. Böttcher, Festschrift für Dölle, 1963, Bd. I, S. 41, 51 f.

85 Vgl. aber auch RG, JW 1912 S. 346.

86 Das Risiko der Ungewißheit nimmt hier der Offerierende in Kauf. Vgl. Flume, Rechtsgeschäft, a.a.O., S. 657.

87 v. Godin, RGRKomm. HGB, S. 518 f.

88 Larenz, a.a.O., AT, S. 513; Flume, Rechtsgeschäft, a.a.O., S. 655.

89 Vgl. Pünder, Widerruf, a.a.O., S. 79.